

4º Lugar

AS TAREFAS DA ADVOCACIA PÚBLICA NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Rene José Keller

1 INTRODUÇÃO

A falta de efetividade plena dos Direitos Humanos não decorre de modo exclusivo da falta de conscientização social ou da ausência de regulamentações – embora estas sejam sempre passíveis de aprimoramentos e adequações. Existe uma gama de fatores exógenos ao Direito que pesam de modo negativo na concretização dos Direitos Humanos, tais como, culturais, econômicos, políticos etc.

Evidente que, aqui, não se pretende – tampouco se poderia – examinar a problemática da efetivação dos Direitos Humanos abrangendo toda essa multiplicidade de condicionantes que os influencia como acima destacados. Entretanto, gozando de relativo espaço, o presente estudo pretende traçar um correlato entre a Advocacia Pública e os Direitos Humanos sob uma ótica assumidamente interdisciplinar.

Do ponto de vista estritamente jurídico, o tema ainda assim é complexo, tendo em vista que os Direitos Humanos, no que toca a sua aplicação, não dependem unicamente da legislação local. Há, necessariamente, a dependência e intercâmbio de normas de Direito Internacional que buscam a interação com o ordenamento jurídico pátrio, o que nem sempre ocorre de maneira satisfatória.

Quando se elegeu o presente título, a formulação foi pensada compreendendo um duplo enfoque, que corresponde às divisões do trabalho. Isto é, quais são as tarefas da Advocacia Pública na efetivação dos Direitos Humanos? Para responder a hipótese levantada, é necessário, primeiramente, conhecer o que são os Direitos Humanos. Após, e somente em um segundo momento, é que se pode elencar algumas tarefas a serem cumpridas.

Partindo dessa premissa, a título organizacional e sistêmico, o trabalho foi estruturado em dois grupos, embora haja uma linha de continuidade entre eles. Nesse formato, os três primeiros pontos do primeiro capítulo, que tratam, respectivamente, da noção histórica dos Direitos Humanos, da sua fundamentação e do ser humano na sua interação no sistema econômico, abordam questões que servem de suporte lógico e teórico à segunda parte.

Em pormenor, a primeira parte pretende estabelecer as definições teóricas mínimas ao estudo dos Direitos Humanos, partindo de uma visão crítica. Para tanto, são requisitos indispensáveis abordar como ocorre a mutação, o surgimento desses direitos, bem como a fundamentação que é a eles concedida. Ainda, o tópico final tem como escopo particularizar os principais “seres” a quem os Direitos Humanos pretendem resguardar, isto é, examinar quem são os atores em dada circunstância objetiva, em total coerência com o estudo que se desenvolve.

No tópico seguinte, alveja-se instigar acerca do modo pelo qual a Advocacia Pública atua e pode contribuir para a efetivação dos Direitos Humanos. Como é intuitivo, neste ponto, o estudo tomará por base a legislação vernácula, evidentemente, em intercâmbio com o sistema internacional de proteção aos Direitos Humanos.

Na oportunidade, em um primeiro momento, algumas das instituições pátrias que compõem a denominada “Advocacia Pública” são abordadas, para, posteriormente, cotejar a atuação delas no cumprimento dos Direitos Humanos. Inclusive, um breve histórico do desenvolvimento das instituições da Advocacia Pública no Brasil será mencionado.

Anota-se, ainda, que o método utilizado – quando possível – é o dialético materialista. Talvez por isso seja importante destacar

que a postura crítica em relação a alguns pontos examinados será uma característica notória, nem tanto pela voluntariedade de assim proceder, mas principalmente pelas implicações que o método conduz. Como uma introdução não deve antecipar o mérito das discussões, o exposto é o que, por ora, se resume a dizer.

2 A HISTORICIDADE DOS DIREITOS HUMANOS E A SUA FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 A Compreensão da Noção Histórica dos Direitos Humanos

Para tratar do tema da concretização dos Direitos Humanos por meio da Advocacia Pública, entende-se necessário que se anteveja e se delimite a abrangência e significado dessa gama de direitos. Posta a questão por outro viés, o Advogado Público para efetivar os Direitos Humanos precisa ter uma noção acurada acerca deles, de modo ao agir técnico estar devidamente guiado por um embasamento teórico robusto.

Partindo dessa premissa, o fito deste subcapítulo é apresentar as noções iniciais sobre a compreensão dos Direitos Humanos sob um enfoque específico: o histórico. Isto é, ressaltar não os momentos que foram marcos para esses direitos, porém, sedimentar teoricamente a compreensão de como se modifica o fenômeno dos “Direitos Humanos” na história.

Para dar início, cabe referir que Norberto Bobbio, notório jurista italiano, estava convencido de que os Direitos Humanos não podem ser compreendidos senão à luz da história. Com isso, se afastava das noções clássicas do Direito Natural e das demais correntes a-históricas. Não seria bastante memorar a seguinte passagem:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades

contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.¹

Ainda a título de introdução, terminologicamente falando, cabe destacar que já foram utilizadas diversas expressões como forma de denotar os hoje nominados “Direitos Humanos”. Ressalta-se que esta terminologia é mais fluente e se entende a mais apropriada, ao passo que, de um lado, escapa do caráter individualista do termo “Direitos do Homem” e, por outro, esquiva-se de utilizar o tautológico “pessoa humana”², que habitualmente é associado à dignidade como princípio norteador de todo o ordenamento jurídico; ou até mesmo para distinguir da “pessoa divina”. Acerca da discussão, Paulo Bonavides infere:

Podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais ser usadas indiferentemente? Temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo porém o emprego mais freqüente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com toda a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães³.

Além disso, ainda persiste certa confusão no que toca a distinção entre o que seria Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Há alegações de que Direitos Humanos remetem à ideia “jusnaturalista”, de direitos inerentes à pessoa, enquanto os Direitos Fundamentais seriam os Direitos Humanos positivados.

¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus/Elsevier, 2004, p. 9.

² Na tradição personalista, o termo “pessoa humana” é acolhido. Wambert Di Lorenzo, por exemplo, que pontua: “Logo, conclui-se pela pertinência do termo *pessoa humana* que expressa uma síntese antropológica personalista: a pessoa é a humanidade individualizada, nela está presente toda a substância da humanidade”. In: DI LORENZO, Wambert Gomes. **Teoria do Estado de Solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 45.

³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 560.

Acerca desta discrepância comumente estabelecida entre os Direitos Fundamentais e Humanos, parece acertada a posição de Dalmo de Abreu Dallari:

A expressão ‘Direitos humanos’ é uma forma abreviada de mencionar os Direitos fundamentais da pessoa humana. Esses Direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida. (...) Esse conjunto de condições e de possibilidades associa as características naturais dos seres humanos, a capacidade natural de cada pessoa e os meios de que a pessoa pode valer-se como resultado da organização social. É a esse conjunto que se dá o nome de Direitos Humanos.⁴

Do ponto de vista objetivo, os Direitos Humanos remetem à ideia de regulamentações que são supranacionais, embora interajam com a legislação interna de cada país. Assim, seguindo a tradição latina, ainda que passível de ressalvas, que não cabe aqui apontar, a denominação Direitos Humanos é adotada no presente trabalho.

A evolução dos Direitos Humanos no decurso da história já foi estudada com profundidade e até mesmo em demasia. Inclusive, elaborou-se uma sistematização relativamente bem aceita, denominada “gerações” ou “dimensões” de direitos. Portanto, nesse primeiro ponto, não haverá um regresso profundo às raízes do termo ou às primeiras legislações sobre o tema, pois iria extravasar o objeto da presente análise, que é firmar laços com a Advocacia Pública.

A premissa basilar deste capítulo, que serve de fio condutor para o fim alvejado, é que os Direitos Humanos não são um dado perene na história. Ou seja, não existe e jamais existirá uma definição universalmente aceita que abarcará todos os períodos históricos. O que pode ocorrer é um consenso mais ou menos determinado a partir das necessidades imediatas de organização da vida social.

Essa ideia inicial pode ser elucidada com o seguinte exemplo: quem hoje se oporia ao fato de que o ser humano nasce livre e que não deve se encontrar aprisionado a bolas de ferro e exercendo

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. 2ª. Ed., São Paulo: Saraiva, 1984, p. 7.

trabalho escravo? Pode-se, portanto, afirmar, sem maior dificuldade argumentativa, que a liberdade, no seu sentido mais amplo possível, é hoje um direito humano. Mas sempre foi? A resposta seguramente é negativa.

Aristóteles, na obra “A Política”, despendeu algumas páginas no capítulo II, do Livro I, para defender a escravidão. Não se pode olvidar, por exemplo, a seguinte passagem:

Há na espécie humana indivíduos tão inferiores a outros como o corpo o é em relação à alma, ou a fera ao homem; são os homens nos quais o emprego da força física é o melhor que deles se obtém. Tais indivíduos são destinados, por natureza, à escravidão. [...]

A utilidade dos escravos é mais ou menos a mesma dos animais domésticos: ajudam-nos com sua força física em nossas necessidades quotidianas. A própria natureza parece querer dotar características diferentes os corpos dos homens livres e dos escravos⁵.

Por sua vez, Rousseau, escritor suíço, começa a sua clássica obra intitulada “Do Contrato Social”, asseverando: “O homem nasceu livre, e se encontra em toda a parte sob ferros”⁶. Em seguida, no Capítulo IV, arremata: “Renunciar à sua liberdade é o mesmo que renunciar à sua qualidade de homem, aos direitos da humanidade, até mesmo a seus deveres”⁷.

De um lado, um defensor da escravidão como fato da natureza, de outro, um árduo defensor da liberdade inata. Porém, o que separa a visão desses pensadores? Em termos prosaicos, pode-se afirmar que é apenas o grau de desenvolvimento da consciência do homem na história⁸. Por um silogismo simples, caso se afirme que a liberdade sempre foi um direito humano, então, seguramente, Aristóteles foi um

⁵ ARISTÓTELES. **A Política**. 15. ed. São Paulo: Editora Escala, 2007, p. 17.

⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: CD Editora, 2005, p. 13.

⁷ Op. Cit., p. 17.

⁸ Talvez em uma leitura atenta se questione: “mas e o que determina o grau de desenvolvimento da consciência do homem na história?”. Este tema será objeto do ponto 2.3.

dos primeiros violadores, não só por possuir escravos, mas também por discorrer sobre a necessidade instrumental deles.

As transformações dos direitos seguem o fluxo das mutações que ocorrem no seio de cada sociedade em particular. Nesse sentido, Aristóteles dificilmente defenderia a liberdade plena em 350 anos a.C., até mesmo porque desde a época arcaica, a Grécia estava habituada com a escravidão⁹.

Pela lógica inversa, também não é comum a existência de muitos “Beccarias” – cidadãos que possuem pensamento “a frente do seu tempo”. Não é à toa que Oscar Wilde, poeta irlandês, ponderou: “o fato mais trágico em toda a Revolução Francesa não é que Maria Antonieta tenha sido morta por ser uma rainha, mas que o camponês do Vendée tenha partido voluntariamente para morrer pela hedionda causa do feudalismo”¹⁰.

Dessa forma, verifica-se também, como brevemente referido, que os direitos são assegurados em maior ou menor grau de acordo com as necessidades econômicas imediatas de dada localidade. Retomando na Grécia antiga, por exemplo, o escravo tinha um papel social e econômico imprescindível, já na Inglaterra do século XVIII constituía um óbice ao desenvolvimento do modo de produção capitalista.

Portanto, o fluxo de resguardo dos direitos depende ainda da correlação de forças que operam em certa sociedade, sejam elas de cunho político, social, econômico etc. A síntese desse embate, em última análise, corresponde aos ditames jurídicos declarados pelo poder triunfante. Assim, com a devida cautela, pode-se afirmar que “os direitos sempre foram espelhos das épocas”¹¹.

Tal afirmação conflui à circunstância de que, por óbvio, quando há a insurgência e ascensão de um novo grupo ou classe ao

⁹ Como aduz Nediilo Brugnara: “Vimos, assim, que a escravidão perpassa a história da Grécia, desde as mais remotas eras e vai exercer profunda influência no pensamento aristotélico, (...)”. In: BRUGNERA, Nediilo Lauro. **A Escravidão em Aristóteles**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001, p. 41.

¹⁰ WILDE, Oscar. **A Alma do Homem Sob o Socialismo**. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2008, p. 24.

¹¹ ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos Direitos dos Povos**. 11. ed. São Paulo: Ícone Editora, 2006, p. 11.

poder político, a tendência é que neste momento já se tenha erguido, previamente, uma nova concepção de sociedade, que estava apenas sendo repreendida pelo poder até então vigente.

Por via reflexa, os Direitos Humanos, em especial por decorrência do caráter supranacional (internacional), não podem ser datados com precisão antes do século XVIII. Inclusive, esta é uma questão que de maneira brevíssima foi falada – e deve ser repisada, a saber, que os Direitos Humanos têm um caráter supranacional, no sentido de que eles não visam à proteção de cidadãos de um país específico, mas eles têm a pretensão de abarcar e resguardar toda a humanidade. Ingo Sarlet faz bem a distinção:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente da sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).¹²

Além disso, somente a partir desta época é que foram materializados e instrumentalizados pelas denominadas “Declarações de Direitos”¹³. Estas, ao seu turno, apresentam um denominador

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35-36.

¹³ Embora, hoje, seja comum a utilização de tratados para celebrar a proteção de direitos humanos, eles diferem das primeiras declarações por estas não constituírem um pacto entre Estados, mas sim, apenas afirmação de direitos. Posto que as declarações de direitos, acima da eficácia pretendida, tivessem uma finalidade precípua – que era consolidar as ideologias (pre)dominantes, não se pode negar que acabaram por repercutir além das fronteiras do país declarante. São exemplos dessa afirmação: a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 etc..

comum: todas, via de regra, advieram do estabelecimento, como acima referido, de uma nova ordem política, cumulada ou não com transformações econômicas e/ou sociais; assim tem sido desde o “Cilindro de Ciro”¹⁴.

Já se encaminhando para o próximo ponto, ressalta-se que a noção de Direitos Humanos com surgimento do liberalismo pressupõe uma mutação qualitativa do ser protegido. Antes do desenvolvimento do sistema capitalista, a relação, em linhas gerais, era travada entre o Estado – *lato sensu* – e os súditos, sendo que estes – no sentido conotativo – podiam ser materializados em uma só pessoa: a que devia obediência ao soberano.

A partir da ascensão do liberalismo há uma mudança qualitativa, tendo em vista que a relação passa a ser travada entre o Estado e o “cidadão”¹⁵. Esse avanço foi um dos fatores que possibilitou o reconhecimento da pessoa como detentora de direitos que não devem ser violados, muito embora sejam históricos e não absolutos, como alguns pretendem.

Em suma do exposto, com alguma ressalva, as palavras de Bruno Bauer, Jovem Hegeliano, sintetizam o ora argumentado:

A idéia dos direitos humanos só foi descoberta no século passado. Não é uma idéia inata ao homem, mas este a conquistou na luta contra as tradições históricas em que o homem antes se educara. Os direitos humanos não são, por conseguinte, uma dádiva da natureza, um presente da história, mas fruto da luta contra o acaso do nascimento, contra os

¹⁴ O “Cilindro de Ciro” é considerado a primeira declaração de direitos, sendo fruto do empenho de Ciro II, rei da Pérsia, que conquistou a Babilônia em 539 a.C.. O documento permitiu que todos os exilados que lá se encontravam voltassem às suas terras de origem. Hoje, o cilindro está exposto no *British Museum*.

¹⁵ Karl Marx, em “A Questão Judaica”, afirma que em pormenor na “Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1789, as palavras “homem” e “cidadão”, em verdade são apenas uma antonomásia para designar o burguês. A assertiva procede, uma vez que esta declaração foi o símbolo da concretização de conquistas políticas específicas, estabelecendo a nova ordem de direitos imprescindíveis para a classe emergente: a burguesia, fazendo-os comungar com a nova política instituída: o liberalismo. Mas por evidente que não se pode chegar ao extremismo de negligenciar a sua importância para todas as camadas populacionais, não só da França, mas de todo o globo, em razão de sua repercussão mundial, como já apontado na nota de rodapé nº 13.

privilégios que a história, até então, vinha transmitindo hereditariamente de geração em geração¹⁶.

No presente capítulo não se pretendeu adotar uma postura extrema, ao ponto de afirmar que os Direitos Humanos não existem, mas tão somente se infere que estes irão variar de acordo com o momento histórico, tanto em forma como em conteúdo. Por via reflexa, jamais se poderá ofertar uma gama ou um rol de direitos que sempre existirão.

Dessa forma, a noção histórica pressupõe que o conjunto de Direitos Humanos hoje estabelecido sofre mutabilidade constante, fazendo com que o agora firmado não seja eterno, tampouco pré-estabelecido¹⁷. Isto ocorre porque os direitos seguem o fluxo do desenvolvimento social, econômico, ideológico (e por que não religioso?) que opera em dada sociedade, levando em conta todas as suas contradições e peculiaridades.

No cumprimento do mister da Advocacia Pública, apreender a noção histórica é reconhecer a mutabilidade constante do mundo objetivo, que conduz à inevitável transformação perene da sociedade, do Direito e, principalmente, do conteúdo dos Direitos Humanos. Com isso, novas demandas sociais estão sempre emergindo, fazendo com que o senso de percepção acerca do conteúdo dos Direitos Humanos conduza a constantes aperfeiçoamentos e adequações, sob pena de serem etéreos e obsoletos os conhecimentos até então adquiridos.

2.2 A Fundamentação do Direito Natural e da Doutrina Kantiana: em busca de um fundamento

Perfilhando a linha proposta, nesse momento o exame recairá sobre a fundamentação dos Direitos Humanos. Essa questão talvez

¹⁶ BAUER *apud* MARX, 1843. In: <http://www.marxists.org/portugues/marx/1843/questaojudaica.htm>. Acessado em: 12 de maio de 2011.

¹⁷ Em consonância, Heiner Bielefeldt, teólogo, conhecedor de Kant, sustenta: “Considerando as múltiplas alterações a que os direitos humanos estão expostos desde as primeiras declarações no final do Século XVIII, supomos que nunca haverá um rol completo e imutável de direitos”. In: BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005, p. 109.

seja a que mais suscite divergência, ao passo que é onde repousa todo embasamento teórico que concede arrimo a esses direitos. Não se negligencia a árdua tarefa que se está diante, até mesmo porque Norberto Bobbio¹⁸ chegou a afirmar que não existe um fundamento absoluto aos Direitos Humanos, argumento que será explorado ao menos de forma indireta.

Perpassando o que se denominou de “noção histórica dos Direitos Humanos”, o enfoque, agora, recai sobre a fundamentação que serve de esteio a esses direitos. A importância de possuir um fundamento, uma base, é que auxilia na compreensão do modo pelo qual se constitui os Direitos Humanos. É uma análise que soma a noção histórica, conferindo maior grau de completude no conhecimento do fenômeno dos Direitos Humanos.

É evidente que em se tratando de fundamentação aos Direitos Humanos, não se pode – tampouco se pretende – apresentar o fundamento que seja adotado de maneira universal e uníssona. Até mesmo porque, relembrando a lição de Sófocles:

Quem julga deter saber exclusivo, possuir língua e mente estranhas aos demais, nesse, se o abres, verás o vazio. Para o homem, ainda que seja sábio, aprender continuamente e ser flexível não é vergonhoso. Observa-se que, nas torrentes de inverno, as árvores que cedem salvam os ramos, enquanto as que resistem sucumbem, arrancadas as raízes¹⁹.

A ideia, portanto, é apresentar, minimamente, as correntes que gozam de maior aceitabilidade no Brasil, com o objetivo de contrastar com a necessidade de um novo fundamento adequado à metodologia deste estudo. Ante a incapacidade de examinar a maior parte das teorias que hoje fundamentam os Direitos Humanos, as escolas eleitas para o estabelecimento de um diálogo foram a jusnaturalista²⁰ e a derivada da doutrina kantiana. Entende-se

¹⁸ Op.Cit., 2004.

¹⁹ SÓFOCLES. **Antígona**. Porto Alegre: L&M Pocket, 2006, p. 53-54.

²⁰ É necessário efetuar uma pequena diferenciação. A nomenclatura “jusnaturalismo”, para fins deste trabalho, remete à derivada de conceitos da ética clássica, não abarcando o suposto “Direito Natural” dos liberais da idade média, como John Lock, por exemplo.

que ambas gozam de maior aceitabilidade no Rio Grande do Sul, quicá no Brasil, razão pela qual estas foram eleitas para firmar um contraponto.

Traçado o prelúdio, escapando a ordem cronológica, no que tange a doutrina kantiana, a obra que se adotou como referencial teórico foi: “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais”, de Ingo Sarlet. O autor, por diversas passagens do indigitado livro, defende que a fundamentação da dignidade da pessoa encontra esteio no conceito kantiano de “autonomia da vontade”.

Este conceito, ao seu turno, tem a sua formulação original no livro “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”²¹, em que Kant faz uma distinção entre o preço e a dignidade:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade²².

De maneira concisa, pode-se aduzir que a autonomia da vontade liga-se à liberdade que detém todos os seres humanos, sendo que estes devem ser compreendidos como um fim em si mesmo e jamais serem rebaixados à condição de meio:

Todos os seres racionais estão, pois, submetidos a essa lei que ordena que cada um deles jamais se trate a si como meios, mas sempre simultaneamente como fins em si.²³

²¹ “A própria legislação, no entanto, que determina todo o valor, por isso mesmo deve ter uma dignidade, ou seja, um valor incondicional, incomparável, para o qual só a palavra *respeito* confere a expressão conveniente da estima que um ser racional deve lhe tributar. A autonomia é, pois, o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional.” In: KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 66. A adoção desse conceito por Ingo se encontra de forma implícita em toda a obra, mas de maneira direta vide as páginas: 33, 34, 35, 37, 39, 46, 53, 54, 55, 60. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 6ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

²² Op. Cit., p. 65.

²³ Op. Cit., p. 69.

Ingo Sarlet, fazendo a releitura do conceito kantiano, sustenta:

[...] a dignidade da pessoa humana, compreendida como vedação da instrumentalização humana, em princípio proíbe a completa e egoística disponibilização do outro, no sentido de que se está a utilizar outra pessoa apenas como meio para alcançar determinada finalidade, de tal sorte que o critério decisivo para a identificação de uma violação da dignidade passa a ser (pelo menos em muitas situações, convém acrescer) o do objetivo da conduta, isto é, a intenção de instrumentalizar (coisificar) o outro.²⁴

Pois bem, embora em obra diversa Sarlet aparentemente tenha acatado a noção histórica dos Direitos Humanos, na formulação proposta por Norberto Bobbio²⁵ no livro que ora se adota como referência, Ingo destaca a dignidade como característica intrínseca a todo ser humano²⁶. Por decorrência, o autor finda por sustentar algo que ele mesmo rechaça, ao passo que, de um lado, temos direitos que correspondem a determinadas épocas e, de outro, a dignidade inata e inalienável.

A aporia se entende que é inevitável, pois caso se afirme que a dignidade é uma condição inata, ela esteve necessariamente presente desde o primeiro ser humano. Dessa forma, a dignidade jamais poderá sofrer um condicionamento histórico, ao menos que se permitisse que ela, em virtude do

²⁴ Op. Cit., p. 53-54.

²⁵ “A consideração de que o termo ‘direitos humanos’ pode ser equiparado ao de ‘direitos naturais’ não nos parece correta, (...) de acordo com a lição de Bobbio, já revelou, de forma incontestável, a dimensão histórica dos direitos humanos, que assim se desprenderam – ao menos em parte (mesmo para os defensores de um jusnaturalismo) – da idéia de um direito natural”. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 36.

²⁶ Ingo Sarlet por múltiplas passagens sustenta a dignidade como qualidade intrínseca, ao ponto de afirmar que: “parece-nos já ter sido suficientemente repisado que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, não poderá ela própria ser concedida pelo ordenamento jurídico.” Op. Cit., 2008, p. 73. Ainda sobre a qualidade inata da dignidade, vide páginas: 27, 30, 42, 44, 46, 73, 78, 89, 131, 136, 137, 144, 147 e 150.

não desenvolvimento de uma consciência da sua proteção, pudesse ser violada sem que isso resultasse problema algum²⁷.

Ao que se observa, o próprio autor reconhece o problema, consoante se verifica pela seguinte passagem:

[...] ainda que se pudesse ter o conceito de dignidade como universal, isto é, comum a todas as pessoas em todos os lugares, não haveria como evitar uma disparidade e até mesmo conflituosidade sempre que se tivesse de avaliar se uma determinada conduta é, ou não, ofensiva da dignidade.²⁸

Por consequência, de um lado, fica a pretensa universalização da dignidade (até mesmo por decorrência do imperativo categórico), de outro, a noção histórica, e, no meio, uma lacuna argumentativa. Basicamente são dois os maiores problemas: a) o reconhecimento de uma dignidade inata, que conflita com o desenvolvimento histórico dos Direitos; b) o teor material universalista que autoriza em certa localidade a violação da dignidade e, em outra não.

Isso sem nem adentrar na incerteza que significa fundamentar direitos com base em característica própria dos seres humanos. Feuerbach já tinha assim procedido ao afirmar que “a religião se baseia na diferença essencial entre o homem e o animal – os animais não têm religião”²⁹. Em seguida, completando: “Mas qual é esta diferença essencial entre o homem e o animal? A resposta mais simples e mais comum, também a mais popular a esta pergunta é: a consciência”.³⁰ Na verdade, pode-se dizer que quase todo comportamento humano se difere do animal, perdoe-se a redundância, justamente por ser humano e não irracional.

²⁷ Embora não se tenha espaço para desenvolver o argumento, o que se pretende dizer é que caso se afirme que a dignidade é congênita, tal assertiva implica no reconhecimento de que desde o primeiro ser humano, seja pela criação divina ou pela teoria evolucionista, a dignidade já estava presente. Seguindo essa lógica, é possível que por séculos se tenha violado a dignidade sem que nem ao menos se soubesse o que ela é. É um argumento, ao que se sente, dissonante e incompatível com a noção histórica.

²⁸ Op. Cit., 2008, p. 58.

²⁹ FEUERBACH, Ludwig. **A Essência do Cristianismo**. Campinas: Papirus, 1988, p. 43.

³⁰ Op. Cit., p. 43.

Por outro ângulo, a liberdade (e por decorrência a autonomia) jamais pode ser compreendida, ao menos para quem defende a existência de uma noção histórica, sem levar em conta que o ser humano não dirige o seu comportamento de maneira isolada, fora do convívio social, sendo que, decerto há um condicionamento próprio da vida em sociedade na ideia de autonomia.

Além disso, a liberdade em si não confere direito a nenhum ser. Pela lógica inversa, ela levada ao extremo pode ser inclusive prejudicial, e violar Direitos Humanos. Oscar Wilde, afirmava: “Quando no fim da guerra os escravos se viram livres – viram-se, com efeito, tão livres que estavam livres até para passar fome –, muitos deles lamentaram amargamente o novo estado de coisas”.³¹

De fato, o total estado de liberdade constitui um deletério ao ser humano, tendo em vista que este, no estágio atual, depende inevitavelmente dos demais para suprir as suas necessidades mais prosaicas. Sendo discutível fundar a dignidade em algo que é potencialmente prejudicial ao próprio homem.

No que pertine a teoria do direito natural, com efeito, em razão de ser uma teoria que atravessa a história da humanidade por diversos períodos, dificilmente poder-se-ia escolher apenas um referencial teórico. De início, não se nega o respeito e a admiração por essa corrente, muito embora só pelo fato de se ter defendido, logo no exórdio, que os Direitos Humanos são direitos históricos, automaticamente se afastou a possibilidade de adoção dessa teoria.

Para melhor compreensão acerca da fundamentação que oferece o Direito Natural para os Direitos Humanos, primeiramente, cabe uma breve menção ao que significa o próprio Direito Natural. Jacques Maritain oferece uma boa definição:

Esto implica que hay, por la mera virtud de la naturaleza humana, una orden o una disposición que la razón puede descubrir y de acuerdo con la qual debe proceder la voluntad humana, a objeto de afinarse o ajustarse a los fines esenciales

³¹ Op. cit., p. 24.

y necesarios del ser humano. Las leyes no escritas o derecho natural no son otra cosa que lo acabamos de anunciar.³²

Ainda a título inicial, cabe menção ao fato de que a influência do Direito Natural até hoje se faz presente, como se denota da própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, emanada pela ONU, em que diversos preceitos jusnaturalistas são acolhidos.

Adentrando na fundamentação, para os defensores do Direito Natural, os Direitos Humanos além de intrínsecos e inatos, por vezes, são considerados absolutos. Carlos Massini, ao referir Finnis acerca dos Direitos Humanos, aponta:

Queda por responder una pregunta fundamental: ¿Hay derechos que pertenezcan al hombre sin excepción, sin que pueda hacerse prevalecer en su contra consideraciones de utilidad general? La respuesta de Finnis es afirmativa, y se vincula directamente con su conocimiento de ciertos requerimientos de racionalidad práctica, vinculados a los valores humanos básicos, que son el fundamento de aquellos derechos [20] [...] Finnis concluye su análisis de los “derechos” afirmando que no debemos dudar en decir que, a pesar del consenso contrario, hay derechos humanos absolutos. Porque uno de los requerimientos de razonabilidad práctica es que resulta siempre irracional optar directamente contra cualquier valor básico, ya sea en nosotros mismos o en nuestros seres humanos semejantes. Y los valores básicos -continúa- no son meras abstracciones: son aspectos del verdadero bien de los individuos de carne y hueso.³³

Para os seguidores do Direito Natural, os Direitos Humanos são, em última análise, direitos que portam essas características, em última análise, uma vez que as pessoas são derivadas da imagem e semelhança de Deus (lei divina). Sobre o assunto, Meirelles Teixeira acentua: “pode-se afirmar ter sido o Cristianismo que, não só do

³² MARITAIN, Jacques. **El Hombre Y El Estado**. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1952, p. 104.

³³ In: MASSINI, Carlos. *Realismo y Derechos Humanos*. Disponível em: <http://www.maritain.com.br/index2.php?p=productMore&iProduct=68>. Acessado em: 10 de junho de 2011

ponto de vista político, como no campo geral das valorações, fundou a dignidade do homem como ser individual, racional e livre, criatura de Deus chamada a uma vida sobrenatural e imortal”³⁴.

O problema começa justamente no óbice que essa noção constitui à pretensa universalização dos Direitos Humanos. Atualmente, é flagrante a multiplicidade de crenças existentes e um fundamento essencialmente vinculado ao cristianismo certamente teria adesão no ocidente, porém, não da mesma sorte gozaria nos países de cultura diversa, como na oriental.

Assim, surgiria um novo deletério, ao passo que a partir da pretensa universalização desses direitos, o choque cultural é inevitável, o que pode levar a uma indesejável relativização desses direitos; ou até mesmo a uma não aceitação, como hoje já se verifica em alguns países notáveis pela não observância a eles.

Adicionando a isso, Norberto Bobbio na obra “A Era dos Direitos”, com lucidez apontou que o Direito Natural apresenta contradições inevitáveis, a ponto de defender, ao longo da história, direitos antagônicos em si. Apenas a título exemplificativo, São Tomás de Aquino, no artigo 2 da questão 64 da Suma Teológica, sustentou a licitude de matar os pecadores³⁵, ideia que hoje certamente não encontraria muitos adeptos nem mesmo entre os católicos.

Relembrando a tradição jurídica vernácula, julgam-se escurritas as palavras de Pontes de Miranda:

As regras de direito, que, na concepção clássica do direito natural, se acreditavam tiradas da natureza das coisas, seriam universais e imutáveis. Mas, em verdade, as exposições tentadas apresentavam discordâncias visíveis. Eram universais, e nem todos as admitiam; eram imutáveis e mudavam a cada fronteira, ou a cada par de decênios.³⁶

³⁴ TEIXEIRA *apud* RIBEIRO, Marcus Vinicius. **Direitos Humanos e Fundamentais**. Campinas: Russell, 2007, p. 26-27.

³⁵ “Portanto, se é mal em si mesmo matar um homem, que se conserva em sua dignidade, pode, contudo, ser um bem matar um pecador, como se abate um animal. Pois, o homem mau é pior que o animal e ainda mais nocivo [...]”. In: AQUINO, São Tomás. **Suma Teológica**. São Paulo: Loyola, 2006, p. 134.

³⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Democracia, Liberdade, Igualdade**. Campinas: Bookseller, 2002, p. 63.

Por fim, não se esquece as palavras de Tobias Barreto sobre o assunto:

Entendamo-nos portanto: não existe um direito natural, mas pode se dizer que há uma lei natural do direito. Isto é tão simples, como se alguém dissesse: não existe uma linguagem natural, mas existe uma lei natural da linguagem; não há uma indústria natural, mas há uma lei natural da indústria; não há uma arte natural, mas há uma lei natural da arte.

São verdades estas, que qualquer espírito inteligente compreende sem esforço, no sentido de que, perante a natureza, não há língua nem gramática, nem há *semítico* nem *indo-germânico*; o homem não fala, nem falou ainda língua alguma, não exerce indústria, nem cultiva arte de qualquer espécie, que a natureza lhe houvesse ensinado. Tudo é produto dele mesmo, do seu trabalho, da sua atividade.³⁷

Ainda que as correntes doutrinárias esposadas sejam dignas do maior respeito, entende-se que não se pode fundamentar direitos em premissas que se afastem da natureza e da realidade humana por demasia. Assim, na busca de um fundamento (nem que seja válido apenas para o presente trabalho e ainda assim de maneira incipiente), crê-se que o embasamento deve residir no fato de que todos os homens, que constituem o mote de atuação dos Direitos Humanos, têm necessidades.

Nessa lógica, os Direitos Humanos devem se relacionar com as carências vitais e perenes de todos os seres (humanos). Devendo esses direitos estar, portanto, estreitamente vinculados e direcionados, primeiramente, à sobrevivência destes, e *a posteriori*, no máximo desenvolvimento de suas potencialidades. Para minimamente elucidar o afirmado, é devida a compreensão da assertiva materialista de que o ser humano antes de fazer política, de ter uma religião etc., tem que primeiramente suprir as suas necessidades mais elementares.

O fundamento, porquanto, não deve residir em uma característica ou atributo do ser, mas na simples constatação de que este está inserido em um contexto político, histórico, social, que vai determinar quais são as suas carências. Acredita-se que se houvesse um estudo sistemático sobre

³⁷ BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Campinas: Bookseller, 2000, p. 89.

o tema, quem sabe poder-se-ia falar em princípio da necessidade humana.

Em largas linhas, os Direitos Humanos não devem resguardar um tipo ideal de ser, sob pena de esvaziamento da eficácia das normas protetivas, fazendo dos belos textos das declarações a letra morta que consterna os violados. Por isso, faz-se relevante e se justifica o estudo do homem na sociedade capitalista, que é o estágio de desenvolvimento em que se encontra a maior parte dos países do nosso globo.

Em suma, para a máxima proteção dos Direitos Humanos se entende necessário duas coisas: a) o conhecimento do ser a que se pretende proteger; b) o desenvolvimento de mecanismos que assegurem a efetivação dos direitos a partir da delimitação do indivíduo. No exercício da Advocacia Pública tais noções são basilares, caso se alveje uma advocacia que contemple a proteção concreta aos Direitos Humanos.

2.3 Os Direitos Humanos e o Sistema Econômico: da relação entre os seres

Este tópico, decerto, é o que escapa em maior demasia do âmbito jurídico. Pela lógica inversa, é o que porta conteúdo de maior relevância, ao passo que toca diretamente ao conhecimento do ser, que é o elemento subjetivo dos Direitos Humanos. De nada adianta apreender a gama de direitos objetivos que compõem os Direitos Humanos, caso não se conheça, mesmo que superficialmente, quem é o ser que se pretende resguardar.

Neste momento, já se desenvolveu uma ideia sobre a fundamentação desses direitos, bem como a mutabilidade deles por defluxo dos acontecimentos históricos. Agora, compete, adicionando ao anteriormente abordado, examinar quem é o ser humano em relação ao seu ambiente material. Em outros termos, o que se almeja com a presente subparte é ressaltar a importância do desenvolvimento de uma proteção específica para o ser humano. Com isso, partindo da premissa de que o modelo presente em grande escala mundial é o capitalista, faz-

se necessário levar em conta particularidades que outrora não existiam.

A Advocacia Pública, a exemplo do Direito, atua em um campo social que as transformações constantes constituem um dado perene. Ou seja, à medida que a sociedade muda, há a necessidade de o Direito e as instituições por ele regulamentadas se adequarem sob pena de se tornarem obsoletas.

Por isso, de nada adianta possuir uma noção mais ou menos precisa acerca dos Direitos Humanos, caso se desconsidere por completo que o conteúdo subjetivo da definição (humanos) está também em transformação constante. Aqui, não se pretende dominar as variáveis que conduzem essas mudanças, no entanto, acredita-se ser necessário possuir conceitos gerais acerca de qual ser está sendo protegido quando se fala em Direitos Humanos.

O ponto de análise parte de uma afirmação categórica que será devidamente explicada: o ser vai “presentar”³⁸ algo de acordo com o modo de produção que viver. O que se pretende sustentar é que, em última instância, a edificação da sua personalidade, de suas características e de suas aptidões será desenvolvida em conformidade com as situações que irá fatalmente se deparar na vida. Como sustenta Smirnov: “(...) a personalidade é um conceito social, ou mais exatamente, sócio-histórico e complexo”³⁹.

³⁸ Não há a necessidade de utilizar a palavra “representar”, pois é a própria pessoa que está agindo e não ela em nome de terceiro, como ressaltaria o memorável mestre e ex-desembargador Sérgio Dulac Müller.

³⁹ SMIRNOV, G. **O Indivíduo sob o Socialismo**. Moscou: Edições Progresso, 1982, p. 17.

Nada mais é do que a velha questão posta no prólogo da obra “Para a Crítica à Economia Política”, de Karl Marx⁴⁰, que em sua formulação simplificada corresponde a seguinte proposição: o ser social determina a sua consciência ou, inversamente, a consciência determina o ser social? Entende-se que a primeira assertiva está correta.

Incontinenti, deve-se apontar que não raro há deturpações e exageros quanto à relação de determinismo entre o indivíduo e o modo de produção. Em momento algum se defende que o sistema econômico determina o ser por completo. Seria um completo absurdo, bem como irrazoável sustentar isso. Engels, em uma carta a Joseph Bloch, escreveu:

[...] segundo a concepção materialista da história, o momento em última instância determinante, na história, é a produção e reprodução da vida real. Nem Marx nem eu alguma vez afirmamos mais. Se agora alguém torce isso (afirmando) que o momento econômico é o *único* determinante, transforma aquela proposição numa frase que não diz nada, abstrata, absurda. A situação econômica é a base, mas os diversos momentos da superestrutura – formas políticas das lutas de classe e seus resultados: constituições estabelecidas pela classe vitoriosa uma vez ganha a batalha, etc. e mesmo os reflexos de todas estas lutas reais nos cérebros dos participantes, teorias políticas, jurídicas, filosóficas,

⁴⁰ “O resultado geral que se me ofereceu e, uma vez ganho, serviu de fio condutor aos meus estudos, pode ser formulado assim sucintamente: na produção social da vida os homens entram em determinadas relações, necessárias, independentes da sua vontade, relações de produção que correspondem a uma determinada etapa do desenvolvimento das forças produtivas materiais. A totalidade destas relações de produção forma a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se ergue uma superestrutura jurídica e política, e à qual correspondem determinadas formas de consciência social. O modo de produção da vida material é que condiciona o processo da vida social, política, espiritual. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser, mas inversamente, o seu ser social determina a sua consciência. Numa certa etapa do seu desenvolvimento, as forças produtivas materiais da sociedade entram em contradição com as relações de produção existentes ou, o que é apenas uma expressão jurídica delas com as relações de propriedade no seio das quais se tinham até aí movido”. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Marx Engels – Obras Escolhidas**. Lisboa: Edições Avante!, 1985, p. 530-531.

visões religiosas e seu ulterior desenvolvimento em sistemas de dogmas – exercem também a sua influência sobre o curso das lutas históricas e determinam em muitos casos preponderantemente a forma delas.⁴¹

Em uma análise maximizada, a ideia subjacente ao ponto é que o grau de desenvolvimento da consciência do homem corresponderá a uma etapa do progresso da história. Além disso, será o reflexo do somatório das mais diversas relações que operam na infraestrutura social, pesando também a consciência das gerações passadas, bem como toda a carga valorativa que se encontre em contradição imanente na sociedade em determinada época.

Nessa senda, não se pode olvidar que: “A consciência social, determinada pelas condições materiais (econômicas) da vida, é, [...], essencialmente ideológica [...], sendo as contradições antagônicas o motor da história”⁴². Com isso, de modo algum se está a afirmar que exista um determinismo mecanicista, tampouco a majoração de um aspecto em específico da vida social.

Para dirimir eventuais imbróglis, o que se sustenta pode ser resumido na exata formulação de Marx, logo no começo da obra “O 18 Brumário de Luis Bonaparte”:

Os homens fazem a sua própria história, mas não a fazem segundo sua livre vontade, em circunstâncias escolhidas por eles próprios, mas nas circunstâncias imediatamente dadas, encontradas ou transmitidas.⁴³

Como apontado, no raciocínio ora exposto não se está majorando em quinhão elevado apenas um aspecto da vida humana, mas sim o primordial: a necessidade de sobrevivência. É na busca pelo saciamento das necessidades elementares, que todos os seres humanos contraem relações independentes da sua vontade, relações estas que irão variar de acordo com o modo de produção estabelecido.

⁴¹ ENGELS, op. cit., 1985, p. 547.

⁴² ANTUNES, Marcus Vinicius Martins. Engels e o Direito: Parâmetros e Apontamentos Para uma Reflexão Sobre a Ideologia Jurídica no Brasil. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 70, jul. 1997, p. 411.

⁴³ Op. cit., p. 417.

A linha argumentativa levada a cabo é que, por exemplo, no modo de produção escravagista, o escravo, se quiser sobreviver, terá que, fatalmente, submeter-se à escravidão. O servo, do mesmo modo, caso queira manter a si e a sua família, terá que contrair vínculo para com o senhor feudal. Já o trabalhador assalariado, figura típica do capitalismo, terá de trabalhar para o detentor do capital.

Todavia, sem embargos, pode-se indagar: mas qual o fator distintivo entre os três modos de organização socioeconômica? A resposta é relativamente simples: a posição da força de trabalho (os trabalhadores) em relação aos meios e ao modo de produção. Nesse estágio, torna-se indispensável a compreensão do conceito de “força de trabalho”, sendo que esta nada mais é, em linhas gerais, do que a energia humana depreendida à produção de bens materiais. Ou, com a precisão de Marx:

[...] o conjunto das faculdades físicas e espirituais que existem na corporalidade, na personalidade viva de um homem e que ele põe em movimento toda vez que produz valores de uso de qualquer espécie.⁴⁴

No capitalismo, a força de trabalho é uma mercadoria como outra qualquer, tendo em vista que um bem imaterial (a força de trabalho) é valorado pecuniariamente, possuindo até mesmo correspondência a um valor de troca. Inclusive, as mesmas regras que se aplicam à definição do preço de uma mercadoria qualquer são aplicáveis também à força de trabalho.

A título elucidativo é válido colacionar o argumento de Karl Marx, na obra “Trabalho Assalariado e Capital”, devidamente revista por Engels:

Na realidade, o que os operários vendem ao capitalista em troca de dinheiro é a sua *força* de trabalho. O capitalista compra essa força de trabalho por um dia, uma semana, um mês, etc. E depois de a ter comprado, utiliza-a fazendo trabalhar os operários durante o tempo estipulado. Com essa

⁴⁴ MARX, KARL HEINRICH, **O Capital: Crítica da Economia Política**. São Paulo: Abril, 1983, p. 139.

mesma quantia com que o capitalista lhes comprou a força de trabalho, os dois marcos, por exemplo, poderia ele ter comprado duas libras de açúcar ou uma certa quantidade de qualquer outra mercadoria. Os dois marcos com que ele compraria as duas libras de açúcar são o *preço* dessas duas libras de açúcar. Os dois marcos com que comprou doze horas de utilização da força de trabalho são o *preço* do trabalho de doze horas de trabalho. A força de trabalho é portanto uma mercadoria, nem mais nem menos como o açúcar. A primeira mede-se com o relógio, a segunda com a balança⁴⁵.

Embora, à primeira vista, não se perceba a relevância do conceito, para este deve ser dado o devido destaque, tendo em vista que ele assume características próprias em conformidade a cada etapa do desenvolvimento econômico. Esclarecendo, no capitalismo, o trabalhador assalariado vende a sua força de trabalho ao capitalista por um determinado período; já no regime feudal, o servo vende apenas parte da sua força de trabalho ao senhor feudal, ao passo que ele trabalha um determinado lapso para o senhor feudal e parte para si; o escravo, por sua vez, não vende a força de trabalho, uma vez que ele é a própria mercadoria.

E é justamente por esse motivo, como destaca Marx⁴⁶, que embora o trabalhador assalariado tenha que efetivamente laborar a vida inteira para se manter, ele não poderá vender a sua força de trabalho por toda uma vida de início, pois caso o fizesse, não seria um trabalhador assalariado, mas sim um escravo.

Ainda há outros aspectos que devem ser brevemente ponderados, que são traços distintivos da figura do trabalhador assalariado. O escravo, embora estivesse em uma condição desumana, tinha moradia e alimentação, o suficiente para mantê-lo vivo e para que pudesse ao menos reproduzir a força produtiva. Já o servo, ainda que vivesse sob o jugo do senhor feudal, tinha também moradia, alimentação e não raro era até mesmo proprietário dos meios de produção rudimentares. A pergunta que resta fazer é: e o trabalhador assalariado, o que

⁴⁵ Op. cit., 1985, p. 153.

⁴⁶ Op. cit. 1983.

possui? Apenas a força de trabalho, pois com o desenvolvimento do capitalismo há a total separação entre os meios de produção e as forças produtivas.

O trabalhador assalariado, ao ser despedido por completo dos meios de produção, encontra-se em uma fragilidade tal que a única forma de sobrevivência é através da venda da força de trabalho. Reside aí, portanto, a necessidade especial de proteção ao ser humano que vive sob essa condição, cabendo aos Direitos Humanos a total ciência do homem a que se pretende proteger para então traçar as diretrizes normativas.

Nesse momento, pode-se observar que no presente estudo há uma visão parcial do ser humano no capitalismo, uma vez que somente se está a discorrer sob o prisma do vendedor da força de trabalho e não do comprador. Mesmo sendo evidente que os Direitos Humanos se aplicam a todos, há indivíduos que por serem dotados de particularidades merecem maior atenção, em decorrência justamente do entendimento de que a isonomia significa reconhecer a igualdade na medida da diferença.

Subsumindo o exposto, pode-se afirmar que parte dos seres humanos na sociedade capitalista, como observado, são fragilizados. Pois ao haver a total separação entre os meios de produção e a força produtiva, a única forma, praticamente, de sobrevivência que lhes restou foi a venda da força de trabalho. Assim sendo, os Direitos Humanos deveriam ter a função de preservar o ser humano, para que quando da troca dos dois bens em questão – um material (dinheiro) e outro imaterial (força de trabalho), o primeiro não se sobreponha em demasia sobre o segundo.

Por derradeiro, concluindo este e introduzindo o próximo ponto, não se pode olvidar que há uma relação de interdependência entre o trabalhador assalariado e o capital. Pois é somente ante a remuneração que sobrevive aquele, e a recíproca também se aplica, pois sem a capacidade de gerar mais valor, o capital também se extinguiria. Logo, o que deve ser estabelecido é uma equalização de valores, que ante ao conhecimento das peculiaridades dos agentes envolvidos, possa-se efetivamente

ofertar uma maior proteção e efetividade aos Direitos Humanos.

Portanto, o que significa ser humano na sociedade capitalista nada mais é do que a compreensão dos vínculos compulsoriamente estabelecidos, que vão, em última análise, refletir nos indivíduos e na edificação das suas consciências, de modo que, permita-se a repetição, o ser (verbo) humano social determinará o ser (substantivo).

Uma vez delimitado os atores sociais dos Direitos Humanos, a concretização destes por parte dos Procuradores Públicos deixa de ser uma atividade que leva em consideração a existência de sujeitos em abstrato. As necessidades são objetivas e concretas, mais ou menos nos moldes apresentados no presente subtópico.

3 A ADVOCACIA PÚBLICA NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

3.1 Breve Histórico Legislativo da Advocacia Pública na Ordem Jurídica Brasileira

A história da Advocacia Pública no Brasil não remonta marco recente, embora diversas das instituições que a compõem atualmente tenham sido criadas ou remodeladas a partir da Constituição de 1988. É evidente que a forma e o conteúdo da Advocacia Pública têm mudado permanentemente e, portanto, faz-se necessário realizar um pequeno histórico de desenvolvimento.

Seguindo modelo elaborado pelo Advogado da União Paulo Álvares Babilônia⁴⁷, é possível sintetizar a história da Advocacia Pública no Brasil em três fases principais: a) Colônia e Império (1500-1889); b) República até a Constituição Federal de 1988 (1889 a 1988); c) pós Constituição de 1988.

No exórdio, perfilhando a pesquisa do referido Advogado da União – que procedeu a um apanhado histórico legislativo da

⁴⁷ In: BABILÔNIA, Paulo Álvares. A advocacia pública brasileira no período colonial e no império: evolução histórica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2734, 26 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18112>>. Acesso em: 6 de julho de 2011.

primeira fase, nas chamadas “Ordenações Afonsinas”, de 1446, havia a figura do “Procurador dos Nossos Feitos”, que tinha como atribuição a defesa dos direitos da Coroa, dos bens e do patrimônio Real, bem como a defesa de órfãos, viúvas e pobres. Ao que se observa hoje, as funções desenvolvidas por um único cargo são exercidas por entidades distintas, como se verá no tópico seguinte.

Adiante, nas “Ordenações Manuelinas” de 1521, além da preservada figura do “Procurador dos Nossos Feitos”, havia ainda, o “Promotor da Justiça da Casa de Suplicação”, que portavam, em apertada síntese, as mesmas funções acima descritas. Em 1609, no Regimento da Relação do Estado do Brasil, foi regulamentado o “Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda”, absorvendo do Procurador dos Feitos da Fazenda e do Promotor de Justiça.

Em 1751, por meio do Alvará de 13 de outubro da referida data emitido pela Relação do Estado do Brasil, no Rio de Janeiro, foi renovado o cargo de “Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda”, que além de portar as tarefas usuais, também tomou para si as acima mencionadas.

Em 1808 houve a divisão entre os interesses da Coroa e o da população, sob a nomenclatura usual de “Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda” e “Promotor de Justiça”. Sendo aquele responsável pela defesa dos direitos da Coroa, do patrimônio e dos bens Reais e da Fazenda Nacional e este pela defesa da Justiça, atuando nos crimes e na defesa de órfãos, viúvas e pobres.

Através do Decreto de 28 de março de 1821, foi instituído o cargo de “Procurador do Real Erário”, que buscava promover a representação extrajudicial dos negócios da Fazenda. Ainda, o Decreto de 18 de junho de 1822, mantendo a denominação de “Procurador da Coroa e Fazenda”, aumentou as atribuições do cargo para abarcar as funções de Promotor e Fiscal dos delitos de imprensa e da competência do Tribunal do Júri.

Em 1823, com a edição do Decreto de 5 de junho, o cargo de “Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional” é despidido da atribuição de Promotor e Fiscal dos delitos de imprensa, que passa a ser exercida pelo “Desembargador Promotor de Justiça”.

Em 1824, na Constituição Imperial do mesmo ano, em seu art. 48, havia o “Procurador da Coroa e Soberania Nacional” – mesmo do acima mencionado, cumulando apenas a tarefa de ser responsável pela acusação perante o Senado em caso de delito individual praticado por membros da família imperial.

Através da Lei nº 242, de 29 de novembro de 1841, foi criado o cargo de “Procurador da Fazenda nos Juízos de Primeira Instância”, que atuava na primeira instância nos feitos da Fazenda na Corte. Ainda, em 1850, em virtude do Decreto nº 736 de 20 de novembro, foi instituído o cargo de “Procurador Fiscal do Tesouro”, visando a ser um dos membros julgadores do Tribunal do Tesouro Nacional, que possuía jurisdição administrativa. Além disso, tinha como mote a chefia da Diretoria Geral do Contencioso da Fazenda Nacional.

Já na segunda fase, na Constituição subsequente, a republicana de 1891, no parágrafo 2º do art. 58, foi estabelecido o cargo de “Procurador Geral da República”, que deveria ser escolhido entre os membros do Supremo Tribunal Federal. Já na Constituição de 1934, repetida em menor grau na de 1937, além do supracitado cargo, cabe atentar para a regulamentação constitucional do Ministério Público, cujos membros, hoje, não podem ser definidos como advogados públicos.

Na Constituição de 1967, inserido dentro do capítulo destinado ao Poder Judiciário, competia aos Procuradores da República a defesa em juízo da União. Inclusive, havia previsão para que em Comarcas do interior, houvesse a atuação do Ministério Público local. Esta mesma previsão se repetiu com a edição da EC nº 1/69.

3.2 A Constituição de 1988 e a Advocacia Pública

É inegável que houve a instauração de um novo paradigma constitucional a partir da promulgação da Constituição de 1988. No que concerne aos Direitos Humanos, a República Federativa do Brasil passa a ser regida, nas suas relações internacionais, pela primazia desses direitos, conforme preconiza o seu art. 4º. Além disso, regulamentou amplamente os Direitos Fundamentais e trouxe demais garantias em diversas áreas do Direito.

Para a Advocacia Pública, a Constituição de 1988 representou também um marco, ao passo que além de criar a Advocacia-Geral da União, pela primeira vez houve a regulamentação de maneira ordenada das demais entidades componentes da Advocacia Pública. Em capítulo intitulado “Funções Essenciais à Justiça”, a Carta Política descreveu diversos órgãos, não integrantes da estrutura do Poder Judiciário, que, no entanto, são imprescindíveis para a sua manutenção.

Em verdade, as denominadas “Funções Essenciais à Justiça” representam o meio pelo qual, quase que exclusivamente, determinado direito, seja ele individual ou coletivo, poderá ser exercido em juízo (ou extrajudicialmente). Ainda, o capítulo traçou as diretrizes centrais em termos de competência, isto é, a qual órgão corresponde dada área de atuação.

Sylvio Motta e Gustavo Barchet aludem:

A Carta Política relaciona quatro funções essenciais à justiça: O Ministério Público, a Advocacia-Geral da União, a Advocacia (liberal, particular) e a Defensoria Pública. Lidamos aqui com instituições e atividades que, gravitando ao redor do Poder Judiciário, se tornam indispensáveis ao seu funcionamento. Com efeito, em nosso sistema existe o **princípio da inércia da jurisdição**, cujo postulado é de que o juiz não tem a iniciativa, só intervindo em alguma questão quando solicitado (invocado, provocado).⁴⁸

Dentre as instituições mencionadas, apenas o Ministério Público não pode ser caracterizado como ramo da advocacia (pública ou privada), em verdade, a entidade até hoje sofre embate teórico na sua alocação dentro da tripartição dos poderes. Além do *parquet*, exclui-se do conceito de Advocacia Pública a que é exercida no âmbito privado, por um particular regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

Na hipótese aventada, embora seja possível que haja a defesa do interesse coletivo e, inclusive, trate de prestação de serviço público (conforme preconiza o parágrafo 1º do seu Estatuto – Lei nº 8.906/94),

⁴⁸ MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Campus, 2008, p. 466.

não há nenhuma vinculação com o Poder Público, tratando-se de um profissional liberal, cuja previsão constitucional se encontra no art. 133.

Antes de proceder a um perfunctório exame dos órgãos integrantes da Advocacia Pública, cabe mencionar o Capítulo IV da Constituição que trata das funções essenciais à justiça, e sofreu alteração pela Emenda Constitucional nº 19/1998, em que a Seção II chamava-se “Da Advocacia-Geral da União” passou a conter a denominação “Da Advocacia Pública”.

A alteração foi pertinente, tendo em vista que a Seção não abarcava apenas a regulamentação da Advocacia-Geral da União, mas também as procuradorias estaduais e a própria Procuradoria da Fazenda Nacional. Esta que, hoje, encontra dificuldade no que toca a sua alocação, ao passo que não é, ao menos formalmente, ainda integrante da Advocacia-Geral da União e se encontra vinculada ao Ministério da Fazenda.

A Advocacia-Geral da União foi criada pela Constituição de 1988, extraindo a função de representação da União judicialmente e extra que, anteriormente, era exercida pelo Ministério Público. Além disso, porta como tarefa o auxílio na assessoria e na consultoria ao Poder Executivo federal. A Procuradoria da Fazenda Nacional ficou com a competência restrita à defesa da União no que concerne a matéria tributária, em especial à execução de dívida ativa. Insta salientar que a regulamentação infraconstitucional tanto da Advocacia-Geral da União quanto da Procuradoria da Fazenda Nacional se deu por meio da mesma Lei Complementar, a de nº 73/93.

Uma questão recorrente nos tribunais, ainda sem consenso, trata da necessidade de inscrição dos Advogados Públicos na Ordem dos Advogados do Brasil, bem como da necessidade de pagamento da respectiva contribuição. Sobre o tema, aponta Saul Quadros Filho, presidente da Seccional da Bahia:

Nesse sentido, aliás, o Estatuto da OAB (Lei 8.906 de 04/07/1994), no § 1º do seu artigo 3º, estabelece que “exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinam, os integrantes da Advocacia Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e consultorias jurídicas dos Estados

e do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.”⁴⁹

O Superior Tribunal de Justiça, decidindo Recurso Especial em Mandado de Segurança impetrado por Procurador da Fazenda Nacional que objetivava se esquivar da inscrição na OAB e do pagamento da anuidade, entendeu que não havia previsão legal que sustentasse a não inscrição dos quadros desta categoria profissional:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL. INSCRIÇÃO NA OAB. PAGAMENTO DE ANUIDADE.

1. O Tribunal a quo, ao reformar a sentença denegatória da segurança, declarou a obrigatoriedade da inscrição do impetrante nos quadros da OAB. Exonerou-o, porém, do pagamento de anuidade, ao fundamento de que o art. 3º da Lei 8.906/1993 ressalva o regime próprio dos Advogados Públicos.

2. Tal argumento está equivocado, tendo em vista que o aludido dispositivo prevê a sujeição dos Advogados Públicos ao Estatuto da OAB além do regime próprio a que eles se subordinem, sem tratar do pagamento das anuidades.

3. O art. 46 da Lei 8.906/1993, por sua vez, dispõe que “competete à OAB fixar e cobrar, de seus inscritos, contribuições, preços de serviços e multa”. Tal competência refere-se a todos os advogados nela inscritos, inexistindo tratamento especial e diferenciado.

4. A Lei Complementar 73/1993, que institui a Advocacia-Geral da União, nada dispõe sobre a inscrição na OAB e o pagamento das anuidades, nem há, até então, outro diploma normativo que o faça.

Assim, inexistente fundamento legal para obrigar a inscrição do impetrante na OAB e desobrigá-lo das contribuições por ela instituída.

⁴⁹ QUADROS FILHO, Saul. **Advocacia Pública**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=21533>. Acessado em: 02 de julho de 2011.

5. Recurso Especial provido.

(REsp 1089121/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/03/2009, DJe 20/04/2009)

O órgão integrante da Advocacia Pública que porta, em visão perfunctória, maior proximidade com os Direitos Humanos é a Defensoria Pública. A entidade, prevista no art. 133 e seguintes da Constituição⁵⁰, teve sua regulamentação em âmbito federal e diretrizes estaduais posta pela Lei Complementar nº 80/1994. Neste diploma, logo em seu art. 1º, restou disposto que é instituição voltada à promoção dos Direitos Humanos. *In verbis*:

Art. 1º A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009)

Ainda, no seu art. 3º-A, foi elencado como objetivo da Defensoria Pública a prevalência dos Direitos Humanos:

⁵⁰ Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.)

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. (Renumerado pela Emenda Constitucional no 45, de 2004) § 2º As Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. (Incluído pela Emenda Constitucional no 45, de 2004)

Art. 3º-A. São objetivos da Defensoria Pública: (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009)

[...]

III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009)

Além destas, o texto legal que regulamenta o órgão foi contemplado com mais duas passagens referentes aos Direitos Humanos. Tais regulamentações aproximam a instituição do seu principal mister, que é fazer a defesa judicial dos necessitados.

Com isso, encerra-se, minimamente, o estudo das instituições componentes da Advocacia Pública. O panorama geral se faz necessário ao passo que o tópico seguinte trata diretamente da promoção dos Direitos Humanos por essas entidades, levando em consideração as peculiaridades inerentes a cada órgão.

3.3 A Advocacia Pública como Meio de Promoção dos Direitos Humanos

Inicialmente, é necessário referir à problemática existente entre a Advocacia Pública e o Estado. Isso porque, tratar da Advocacia Pública como promotora dos Direitos Humanos porta, aparentemente, uma aporia. Se as entidades que compõem a Advocacia Pública (salvo a Defensoria Pública) representam a defesa do Estado, o que fazer quando ele próprio é um dos maiores violadores? A questão foi referida por Ricardo Antônio Lucas Camargo: “Como se pode falar, então, em Direitos Humanos justamente para aqueles que se colocam como defensores do que, tradicionalmente, é apontado como o grande opositor dos Direitos Humanos?”⁵¹.

Diversas grandes demandas sociais, como, por exemplo, medicamentos, acesso à saúde, direito à moradia etc., são reproduzidas no âmbito judicial, e encontram do lado oposto as Advocacias Públicas fazendo a defesa do Estado, postulando contrariamente ao interesse de

⁵¹ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Advocacia Pública e Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/3exec/defensoria/advocpublica_dh.htm. Acessado em 19 de julho de 2011.

determinado indivíduo ou grupo. Evidente que a Defensoria Pública não se encontra nessa hipótese, justamente por estar ao lado dos postulantes.

Muito embora tal constatação, até que ponto o agir dos Procuradores Públicos está balizado por uma latente dificuldade objetiva estatal: a econômica. Afora a União, que decerto possui situação financeira superior aos demais entes federativos, é flagrante que os estados membros e os municípios não gozam de folga orçamentária.

De toda forma, a questão não é singela e provoca indagações principalmente acerca da independência funcional dos Advogados Públicos. Um outro ponto, igualmente complexo, que surge, é se há correspondência entre o interesse público e o interesse do Estado. Estas são duas das linhas mestras principais que impedem uma maior efetivação dos Direitos Humanos.

Em termos jurídicos concretos, quando se fala em concretização dos Direitos Humanos não se pode esquivar do diploma norteador do assunto: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, emanada pela Organização das Nações Unidas em 1949. O feito que cabe destaque na referida Declaração foi de despertar e de estimular que os ordenamentos jurídicos pátrios aderissem às garantias lá postas. Em verdade, trata de um diploma balizador dos direitos programáticos que devem ser espalhados, respeitando as culturas locais. É um texto universalizante e congregador, aos moldes da doutrina kantiana.

Sobre a da Declaração, refere Paulo Bonavides:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem é o estatuto de liberdade de todos os povos, a Constituição das Nações Unidas, a carta magna das minorias oprimidas, o código das nacionalidades, a esperança, enfim, de promover, sem distinção de raça, sexo e religião, o respeito à dignidade do ser humano.

A Declaração será porém um texto meramente romântico de bons propósitos e louvável retórica, se os países signatários da Carta não se aparelharem de meios e órgãos com que cumprir as regras estabelecidas naquele documento de

proteção dos direitos fundamentais e sobretudo produzir uma consciência nacional de que tais direitos são invioláveis.⁵²

Assim, o desenvolvimento da aplicabilidade dos Direitos Humanos, tendo a Declaração como referência, porta uma questão técnica, que é a positivação no plano jurídico interno dos enunciados no diploma presentes. Isto é, a eficácia da Declaração depende, em grande medida, do ordenamento jurídico de dado país estar em consonância com o disposto no texto desta.

Evidente que a Declaração Universal não deve funcionar como uma norma eminentemente programática, que elenca os preceitos a serem seguidos pela humanidade. O texto se situa no plano do Direito Internacional, no entanto, constitui norma que carece positivação no plano jurídico interno para desenvolver-lhe a eficácia e, por conseguinte, a aplicabilidade. Nesse sentido, José Afonso da Silva explana que:

tal exigência técnica, (...) determinou que o reconhecimento desses Direitos se fizesse segundo formulação jurídica mais caracterizadamente positiva, mediante sua inscrição no texto das constituições, visto que as declarações de Direitos careciam de força e mecanismos jurídicos que lhes imprimissem eficácia bastante.⁵³

A Constituição de 1988 acatou e resguardou para si inúmeros fundamentos da Declaração. Isso representa uma facilidade à Advocacia Pública na medida em que, ao menos no plano constitucional, há fundamentos jurídicos que balizam o agir em respeito e na direção da concretização dos Direitos Humanos.

A respeito do destacado no tópico que tratou do elemento subjetivo do conceito de Direitos Humanos, ou seja, o ser humano, cabe atentar que o desenvolvimento de uma consciência em prol da efetivação desses direitos no plano da Advocacia Pública significa romper com a prática existente de defesa “impensada” do Estado.

⁵² Op. Cit. 2004, p. 578.

⁵³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional** Positivo. 13ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 165.

O Procurador Federal Willian Junqueira Ramos, atento a essas mudanças, refere em artigo acerca da Advocacia Pública que:

É falsa a ideia de que tais instituições defendem o Governo, estando, por isso mesmo, vinculadas ao Poder Executivo.

Por conta disso criou-se o estigma (dentro das próprias carreiras, inclusive) que o Procurador “tem” que recorrer de tudo, de modo a retardar o máximo possível o andamento dos processos. A realidade, todavia, não é bem assim e tal questão vem sendo, aos poucos, superada.

A Advocacia Pública está vivendo um momento singular na sua história, a se exigir a mudança de mentalidade e a eliminação de alguns ranços que lhe são prejudiciais.⁵⁴

O autor assume posição crítica frente às instituições que partilham da ideia de que a defesa do Estado deve ser feita a todo custo, jamais reconhecendo a procedência de determinada demanda ao postulante. Na sequência, o Procurador assim relata:

Muitos partilham o pensamento de que as Procuradorias têm a obrigação de defender os atos da Administração a qualquer custo, ainda que, por vezes, ilegais, ou seja, contrários à legislação. Hoje, infelizmente, grande parte dos Procuradores não admitem, *v.g.*, reconhecer a procedência do pedido em uma ação judicial ou mesmo aviar uma proposta de acordo, embora o direito pleiteado pela parte contrária seja legítimo.

Essa prática, no entanto, parece não ser mais adequada e correta.

A questão é simples. Vivemos sob o regime de um Estado Democrático de Direito. Assim, o Estado é obrigado a se sujeitar ao cumprimento das leis vigentes. Por vezes, todavia, o Estado pratica atos ilegais, deixando de reconhecer administrativamente um direito que o cidadão tem. Quando esse mesmo cidadão busca o Judiciário, e tendo ele razão, é dever dos Procuradores, como representantes do Estado, reconhecer o direito buscado (caso legítimo, repita-se).

⁵⁴ RAMOS, Willian Junqueira. **Novos Rumos da Advocacia Pública**. Disponível em: <http://jusvi.com/colunas/39730>. Acessado em: 30 de junho de 2011.

O verdadeiro papel das Procuradorias consiste, numa última análise, em zelar pela legalidade dos atos emanados do Estado. Quando este erra, é obrigação das Procuradorias Estatais colocar o Estado novamente no caminho que ele, por expressa dicção Constitucional, sempre deve andar: o da legalidade.⁵⁵

Aos membros do Ministério Público e à Defensoria Pública já foi reconhecida a independência funcional. No entanto, parece que o mesmo preceito não tem gozado de plena aplicabilidade quando pertine às Advocacias Públicas vinculadas ao Poder Executivo. Não raro as diretrizes políticas de defesa do Estado prevalecem frente ao interesse do demandante e, por vezes, sobre o interesse coletivo.

Tal visão de sobrepujar em demasia o interesse do Estado somente deprecia a efetivação dos Direitos Humanos à medida que não há juízo de valor acerca da conduta tomada e os efeitos sociais que dela pode surtir. Por isso, o reconhecimento da existência – e a conseqüente utilização – da prerrogativa de independência funcional são imprescindíveis para que o advogado público saiba sopesar os reflexos da sua atuação, não simplesmente tomando medidas cegas em prol do Estado.

Conforme texto do residente da Seccional da OAB da Bahia, Dr. Saul Quadros Filho, o advogado público já porta tal independência, ao menos do que se deflui da seguinte passagem:

Portanto, o advogado público conta com verdadeira independência funcional, que, a despeito de não estar prevista expressamente na Constituição Federal, pode ser inferida a partir de seus dispositivos, como o princípio da legalidade e a exigência de controle interno da Administração Pública. Trata-se de um verdadeiro princípio constitucional implícito que regula não só a atividade dos advogados públicos, mas também toda a Administração Pública, que deve obediência aos ditames do Estado Democrático de Direito.⁵⁶

Por outro lado, a própria atuação de determinado advogado público pode resultar em medidas que visem à promoção dos Direitos Humanos. É o caso do Procurador da Fazenda Nacional e os demais

⁵⁵ Op. Cit.

⁵⁶ QUADROS FILHO, Saul. **Advocacia Pública**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=21533>. Acessado em: 02 de julho de 2011.

procuradores em âmbito estadual e municipal que atuam na matéria tributária. Tal fato ocorre porque há, constitucionalmente, uma forte restrição de o Estado atuar na exploração de atividade econômica (salvo caso de relevante interesse público), portanto, a manutenção do Estado e das políticas públicas devem se dar, de modo exclusivo, por meio da obtenção de receita derivada.

Assim sendo, quando os Procuradores da Fazenda Nacional e demais Procuradores nas instâncias regionais e municipais buscam a cobrança judicial da dívida ativa, estão, em outros termos, auxiliando na promoção dos próprios Direitos Humanos. Isto ocorre porque o tributo é o principal meio arrecadatário do Estado, sendo que este atua em inúmeras searas na concretização dos Direitos Humanos.

Aqui, refere-se à manutenção do acesso à saúde por meio do Sistema Único de Saúde, as diversas escolas e universidades públicas que garantem o acesso à educação. Além disso, há diversos outros programas governamentais de inclusão social que são, embora as flagrantemente limitações, concretizadores dos Direitos Humanos.

Ainda que por um lado o Estado seja efetivador direto dos Direitos Humanos, é notório que principalmente as limitações financeiras o impedem de atuar com maior abrangência. A partir desse problema surge uma dicotomia que, em verdade, deveria ser inexistente, qual seja, o interesse do Estado não se confunde com o interesse público.

Tanto no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região quanto no Superior Tribunal de Justiça, há decisões que atestam a separação de interesses. Com isso, é afastada a necessidade de intervenção do Ministério Público, ainda assim, demonstra a visão de que o agir do Estado nem sempre é balizado e assemelhado ao que seria interesse indiscriminado, ou seja, público. *In verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DA EMPRESA. ABRANGÊNCIA DA DECISÃO LIMINAR. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. QUESTÕES IRRELEVANTES. EMBARGO E DEMOLIÇÃO DE OBRA EM TERRENO DE MARINHA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DA UNIÃO.

INSUFICIÊNCIA DA LICENÇA MUNICIPAL. TEORIA DA APARÊNCIA. INAPLICABILIDADE. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. 1. O imóvel sobre o qual versa a lide é terreno de marinha ocupado pelo autor pessoa física, conforme título que lhe foi concedido pela Secretaria de Patrimônio da União. E também em nome deste, como não poderia deixar de ser, foi expedido o alvará permitindo a realização de reformas na edificação existente sobre o terreno. A empresa autora não detém direito real a defender, seu envolvimento decorrendo de mera relação contratual, portanto direito pessoal, mantida com aquele. Esta relação não pode ser oposta à União, e qualquer prejuízo que dela decorra para ela deverá ser resolvida unicamente entre esta e o autor pessoa física. [...] **3. Não há necessidade de intervenção do Ministério Público no feito, por não se tratar de causa enquadrável no disposto no art. 82, inciso III, do CPC. O interesse público, coletivo, cuja satisfação deve ser perseguida pela Administração, não se confunde com o interesse da Administração, enquanto aparato organizacional autônomo.** [...]. (TRF4, APELREEX 2002.70.00.036836-1, Quarta Turma, Relatora Margá Inge Barth Tessler, D.E. 01/03/2010) (grifou-se)

PROCESSO CIVIL. AÇÃO PROPOSTA CONTRA O ESTADO. INTERVENÇÃO DO MINISTERIO PUBLICO. HIPOTESE EM QUE NÃO É OBRIGATORIA. A INTERVENÇÃO DO MINISTERIO PUBLICO É OBRIGATORIA QUANDO NA CAUSA HÁ INTERESSE PUBLICO, QUE NÃO SE CONFUNDE COM O INTERESSE PATRIMONIAL DO ESTADO. [...]

(REsp 20.123/PR, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA TURMA, julgado em 05.06.1997, DJ 30.06.1997 p. 30970)

Os arrestos partem da premissa de que existe o interesse público, que o Estado persegue, no entanto, há o interesse do Estado como Administração Pública, que pode, em tese, ter interesse próprio desvinculado do público. A questão, sem dúvida, está envolta de polêmica e se desconhece até que ponto apenas serve como justificativa para não intervenção do Ministério Público, ao passo que escaparia – até com bom senso – do seu mote de atuação.

Destarte, mediante o examinado neste subtópico, verifica-se que os Procuradores Públicos possuem na independência funcional

o mecanismo que oferta elasticidade na atuação. Com isso, podem escapar, por vezes, das orientações gerais do órgão quando estão em pleno confronto aos Direitos Humanos.

4 CONCLUSÃO

A análise partiu da premissa de que para estabelecer um vínculo entre os Direitos Humanos e a Advocacia Pública se fazia necessário examinar, previamente, as noções elementares acerca dessa gama de Direitos. Inclusive, elencou-se como uma das tarefas da Advocacia Pública o próprio estudo dos Direitos Humanos.

Seguindo a ordem lógica, proposta na introdução, o primeiro ponto da monografia sustentou que os Direitos Humanos são direitos essencialmente históricos. Nesse sentido, a definição e o conteúdo irão variar de acordo com fatores imanescentes e próprios de uma época e localidade. Por via reflexa, não existe, em todo o arcabouço desses direitos, um que se possa afirmar perene e absoluto.

O ponto seguinte, dotado de maior complexidade, estabeleceu um contraponto entre as correntes que hoje gozam de maior aceitabilidade, com o intento de oferecer uma contribuição que traga, mesmo ante a reconhecida limitação, um novo viés sobre o embasamento dos Direitos Humanos. Isto é, um fundamento que tenha preocupação direta com as necessidades humanas e não com um ser ou direito ideal.

A parte da fundamentação é extremamente relevante à Advocacia Pública, ao passo que ela molda e conforma a visão do Procurador acerca dos Direitos Humanos. Em outros termos, a fundamentação é arrimo teórico que guia a prática jurídica do cotidiano. Evidente que, muito embora se tenha trazido uma posição crítica acerca das teorias tradicionais do jusnaturalismo e da derivada da doutrina kantiana, estas servem, em igual medida, para fundamentar esta gama de direitos.

A questão da fundamentação foi ressaltada, até com certa demasia, tendo em vista que serviu de aporte inicial para o tema do capítulo seguinte, que abrangeu a delimitação do ser humano no capitalismo. Não basta o Procurador Público estar dotado de

uma fundamentação consistente caso desconsidere por completo o fator sociológico, que é justamente o conhecimento do que é o ser humano.

Como consequência do método adotado, entende-se impossível examinar o ser humano apartado do seu ambiente material, fato que justifica analisá-lo à ótica do sistema capitalista. O ponto não tinha como objetivo ofertar crítica a este modelo econômico, porém, apenas chegar a uma delimitação de quem são os atores sociais que preenchem o conceito de Direitos Humanos.

Perpassadas as noções teóricas, houve um breve regresso às regulamentações da Advocacia Pública na história legislativa brasileira. Com isso, foi possível analisar como ocorreram as diversas mutações nos órgãos integrantes desta, desde os tempos das ordenações.

Complementando o estudo da parte histórica, foi necessário um capítulo específico para traçar o paralelo entre a Advocacia Pública e a Constituição de 1988, uma vez que trouxe diversas inovações. Ademais, trata-se do diploma supremo que ainda rege o ordenamento jurídico vernáculo.

A Constituição de 1988 representou um marco não só à Advocacia Pública, mas também aos Direitos Humanos. As garantias constitucionalmente previstas abarcam uma multiplicidade inédita de direitos, de modo a positivar no plano interno diversos deles, reconhecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Além disso, a partir da Constituição de 1988 a Advocacia Pública restou satisfatoriamente regulamentada, inclusive, houve a criação da Advocacia-Geral da União, que restou responsável defesa da União, que outrora competia ao Ministério Público. Ademais, a Defensoria Pública ganhou posição de destaque, sendo considerada responsável pela defesa dos necessitados, ou seja, o seu mote de atuação acaba por se confundir com a própria efetivação, em certa medida, dos Direitos Humanos.

O ponto seguinte concentrou a maior problemática existente no estudo: examinar como a Advocacia Pública pode concretizar os Direitos Humanos. Há diversas questões polêmicas envoltas ao tema, ao passo que o Estado, por vezes, é um dos grandes violadores – ou ao menos entidade que impede – a efetivação dos Direitos Humanos.

Afora isso, os Procuradores Públicos estão excessivamente vinculados à defesa dos interesses do Estado, o que implica na

dicotomia aparente entre o “interesse público” e o “interesse do Estado”. Acerca do tema, inclusive, foi colacionado alguns julgados que já efetuam com naturalidade a distinção.

Por outro viés, há casos em que a atuação do Procurador Público tem como consequência indireta a promoção dos Direitos Humanos. É o caso típico dos Advogados Públicos que são responsáveis pela área tributária, e cobram, judicialmente, a dívida ativa do respectivo ente federativo. Como é cediço, o Estado tem no tributo a fonte primordial de manutenção e promoção de políticas públicas, portanto, por via reflexa, a sua cobrança implica possibilidade de o Estado efetivar os Direitos Humanos, ofertando acesso à saúde, à educação, à moradia etc. em maior escala.

Ao que se sente, a solução do problema parece caminhar em direção de uma visão humanista do Direito, isto é, com consciência completa acerca dos Direitos Humanos, adicionando a isso o fato de os Advogados Públicos portarem a independência funcional e gozarem de tal prerrogativa na defesa desses direitos. Essa garantia é imprescindível para que uma nova concepção de advocacia, respeitadora dos Direitos Humanos, seja nutrida e efetivada.

REFERÊNCIAS

ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos Direitos dos Povos**. 11^a. ed. São Paulo: Ícone Editora, 2006.

ANTUNES, Marcus Vinicius Martins. Engels e o Direito: Parâmetros e Apontamentos Para uma Reflexão Sobre a Ideologia Jurídica no Brasil. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 70, p. 410-421, jul. 1997.

AQUINO, São Tomás de. **Suma Teológica**. São Paulo: Loyola, 2006.

ARISTÓTELES. **A Política**. 15^a. ed. São Paulo: Editora Escala, 2007.

BABILÔNIA, Paulo Álvares. A Advocacia Pública Brasileira no Período Colonial e no Império: Evolução Histórica. **Jus Navigandi**,

Teresina, ano 15, n. 2734, 26 dez. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/18112>. Acessado em: 6 de julho de 2011.

BARRETO DE MENESES, Tobias. **Estudos de Direito**. Campinas: Bookseller, 2000.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus/Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRUGNERA, Neditso Lauro. **A Escravidão em Aristóteles**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Advocacia Pública e Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/3exec/defensoria/advocpublica_dh.htm. Acessado em 19 de julho de 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. 2^a. ed., São Paulo: Saraiva, 1984.

DILORENZO, Wambert Gomes. **Teoria do Estado de Solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

FEUERBACH, Ludwig. **A Essência do Cristianismo**. Campinas: Papyrus, 1988.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MARITAIN, Jacques. **El Hombre Y El Estado**. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1952.

MARX, Karl Heinrich. **A Questão Judaica**. Disponível em: <http://www.marxists.org/portugues/marx/1843/questaojudaica.htm>. Acessado em 12 de maio de 2011.

_____. **O Capital: Crítica da Economia Política**. Vol. I. São Paulo: Abril, 1983.

MARX, Karl Heinrich; ENGELS, Friedrich. **Marx Engels – Obras Escolhidas**. Lisboa: Edições Avante!, 1985.

MASSINI, Carlos. **Realismo y Derechos Humanos**. Disponível em: <http://www.maritain.com.br/index2.php?p=productMore&iProduct=68>. Acessado em: 10 de junho de 2011.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Democracia, Liberdade, Igualdade**. Campinas: Bookseller, 2002.

QUADROS FILHO, Saul. **Advocacia Pública**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=21533>. Acessado em: 02 de julho de 2011.

RAMOS, Willian Junqueira. **Novos Rumos da Advocacia Pública**. Disponível em: <http://jusvi.com/colunas/39730>. Acessado em: 30 de junho de 2011.

RIBEIRO, Marcus Vinicius. **Direitos Humanos e Fundamentais**. Campinas: Russell, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: CD Editora, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais.** 6ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional** Positivo. 13ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SMIRNOV, G. **O Indivíduo sob o Socialismo.** Moscou: Edições Progresso, 1982.

SÓFOCLES. **Antígona.** Porto Alegre: L&M Pocket, 2006.

WILDE, Oscar. **A Alma do Homem Sob o Socialismo.** Porto Alegre: L&PM Pocket, 2008.